

# LA DISCUTIBILE UTILITÀ DEGLI INTERROGATORI DELLE PARTI E DEI TESTIMONI (qualche riflessione sull'oralità in tempo di pandemia)

di Jordi NIEVA–FENOLL

Ordinario di Diritto Processuale - Università di Barcellona

Traduzione di Guglielmo Taffini, HR and Gender advisor EUCAP Sagel Niger

1. Introduzione.....	1
2. Il fascino dell'oralità. ....	2
3. I contributi della psicologia della testimonianza. ....	6
4. Un nuovo metodo per condurre l'interrogatorio.....	8
5. E' veramente utile la prova testimoniale? .....	11
6. Conclusione: L'inutilità di molte udienze. ....	14

**ABSTRACT:** La pandemia e la sostituzione delle udienze in presenza con trattazione scritta e videoconferenza hanno riportato al centro del dibattito giuridico la questione dell'oralità nel processo. L'autore muove dalla constatazione che regole e prassi degli interrogatori e delle testimonianze non tengono conto delle raccomandazioni degli psicologi della testimonianza e che, anche per tale ragione, solo raramente portano informazioni realmente utili o cruciali; argomenta che ciò mina le fondamenta della testimonianza come prova centrale del processo penale, soprattutto nel contesto storico attuale, ove prove documentali e perizie tecniche guadagnano sempre maggior terreno a scapito dell'oralità, un'evoluzione che gli architetti dei codici di procedura penale e civile ottocenteschi non potevano certo immaginare; conclude che è ormai indispensabile una riforma profonda delle regole sulla testimonianza e sull'interrogatorio, prevedendo l'eccezionalità della sua ammissibilità come mezzo di prova.

## 1. Introduzione.

Ogni discorso sull'oralità è sempre spinoso. È stato ripetuto come mantra per tutto il XX secolo, e ancor oggi, che l'oralità è un carattere positivo per il processo<sup>1</sup>. La conclusione è così ovvia, che quando si pone qualche domanda, i suoi sostenitori rispondono con un'altra di quelle parole magiche che caratterizzano la storia del diritto processuale e che non significano così tanto quanto si pensa: l'immediatezza<sup>2</sup>. E in più, sogliono far riferimento alla presunta rapidità con cui si svolgono i processi orali<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup>Vedi CARPI / ORTELLS (ed.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Valencia 2008.

<sup>2</sup>Vedi tra i molti HENKE, Host-Eberhard, "Rechtsfrage oder Tatfrage - eine Frage ohne Antwort?" *ZZP*, 81, 3-4, 1968, p. 323 y ss. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, "Presunción de inocencia", "in dubio pro reo" y recurso de casación", in *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1988, pp. 29 y ss. MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, *El recurso de casación penal. Control de la presunción de inocencia*. Granada 1996, pp. 29.

<sup>3</sup>CHIOVENDA, G., *Principi di Diritto Processuale Civile*, Napoli 1923, p. 677.

Ripercorriamo questa storia di argomenti stereotipati. Oggi sappiamo già che l'oralità non solo non semplifica sistematicamente i processi, ma a volte, piuttosto, li complica parecchio<sup>4</sup>. Inoltre non è vero che li renda più veloci, poiché è necessario trovare nell'agenda del giudice giorni per tenere udienze di durata sicuramente indeterminata, il che finisce per sovraccaricare il sistema, visto che l'anno non ha più di 365 giorni, e il giorno 24 ore. Ed in ogni caso, i giudici devono pur dormire.

Inoltre, nei paesi in cui - secondo condizioni umane minime - esistono i diritti dei lavoratori, è inevitabile fare vacanze. Pertanto, lo Stato dispone di un grandissimo numero di giudici per celebrare le numerose e onerose udienze generate dai procedimenti orali, oppure si evita massicciamente di arrivare al processo, ricorrendo a mezzi alternativi di risoluzione dei conflitti, cioè privatizzando la giustizia, poiché altrimenti il sistema non è più sostenibile. Ciò nonostante, si può affermare che i mezzi alternativi di risoluzione dei conflitti non funzionano in generale per una serie ragioni<sup>5</sup>, e laddove funzionano si tratta di pochi casi eccezionali e per motivi altrettanto eccezionali<sup>6</sup>.

Sebbene questo lavoro abbia una vocazione più generalista, si concentrerà soprattutto sull'attuale natura virtuale degli interrogatori tanto di parti che dei testimoni, considerando la questione sia in ambito civile che penale. Per il grande pubblico, gli interrogatori sono di solito ciò che viene ricordato di più in un processo, perché è la parte più attraente anche con esaminatori pessimi o testi noiosi. Ma resta da vedere se tali interrogatori siano veramente utili oggi, o anche se una volta siano stati veramente utili, oltre che per confondere. È una questione a cui non si pensa nemmeno, ma che ha rivelato la sua difficoltà a causa della pandemia covid-19 e delle difficoltà tecniche delle connessioni che a volte si verificano. Ma resta da vedere, anche qualora tali collegamenti fossero perfetti - come probabilmente un giorno lo saranno - se gli interrogatori servono davvero a uno scopo.

## **2. Il fascino dell'oralità.**

Tutto è iniziato con una irrazionale fascinazione per l'oralità che ha uno sfondo che oscilla tra il curioso e l'affascinante. La rivoluzione inglese del 1688 aveva dimostrato, forse per la prima volta al mondo, che il potere dei re era non solo controllabile ma anche sostituibile attraverso un parlamento che rappresentasse la popolazione, il Popolo, come fu detto in seguito. Dopo una storia europea molto vasta di imperatori e re più o meno assoluti risalenti fino all'epoca romana, ciò che accadde in Inghilterra fu molto stimolante perché significava, finalmente, iniziare ad ottenere delle libertà di fronte ai tiranni<sup>7</sup>. Fu così stimolante che dopo un secolo in Francia si sarebbe avuta un'altra importante rivoluzione basata sugli stessi principi di quella inglese, e poco prima, nel 1776, vi fu la ribellione di un'importante colonia, che diede origine a un nuovo paese che avrebbe raccolto nel suo

---

<sup>4</sup>Si vedano le conferenze a CARPI / ORTELLS (ed.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Valencia 2008 di Jorge W. PEYRANO (t. I, pp. 149 y ss), Michele TARUFFO (t. I, p. 185 ss.) e Eduardo OTEIZA (t. I, p. 413 ss.), tra gli altri. Vedi anche NIEVA-FENOLL, "Los problemas de la oralidad," *Justicia* 2007, n. 1-2, p. 101 ss.

<sup>5</sup>NIEVA-FENOLL, *Mediazione e arbitrato: una illusione deludente?*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 71, n. 1, 2017, p. 127-143.

<sup>6</sup>Vedi NYLUND, a. / ERVASTI, K. / ADRIAN, L. (ed.), *Nordic Mediation Research*, Cham 2017.

<sup>7</sup>Si veda BAKER, K. M., *On the problem of the ideological origins of the French Revolution*, in *Inventing the French Revolution*, Cambridge 1990, pp. 23 y ss. STONE, B., *Reinterpreting the French Revolution*, Cambridge 2002, p. 37.

ordine il meglio del razionalismo inglese e delle idee politiche di LOCKE, la base principale dell'Illuminismo: gli USA.

Tutto quanto descritto sopra ebbe un effetto così dirompente che gli occhi degli intellettuali del diciottesimo secolo si volsero all'Inghilterra<sup>8</sup> per cercare di copiare, almeno in parte, le istituzioni e l'ordine di coloro che avevano ottenuto la libertà privando un re del suo potere. Si sono concentrati principalmente sul suo sistema parlamentare, ma anche sul modo di condurre i processi<sup>9</sup>, incontrando improvvisamente un'istituzione che non esisteva nell'Europa continentale: la giuria<sup>10</sup>. E con un tipo di procedura che era adattato al fatto che non erano i giuristi a giudicare, ma i laici, molti dei quali analfabeti.

Questa procedura doveva essere necessariamente orale poiché, ovviamente, gli analfabeti non sanno leggere. Inoltre, sebbene in Inghilterra persistessero abbondanti tracce del vecchio sistema di prove per testi<sup>11</sup>, il sistema di prove legali così come era noto nell'Europa continentale non esisteva realmente in quel paese, e ciò perché la giuria non conosceva la legge e, quindi, nessuna regola dell'ordinamento. Il sistema non poteva scostarsi da quello del libero apprezzamento delle prove. Entrambi i punti sono molto rilevanti per tutto ciò che verrà detto nei paragrafi successivi.

All'improvviso un processo orale! Quando il processo nell'Europa continentale era rimasto in forma scritta per secoli, seguendo il sentiero segnato dal Papato nel 1215<sup>12</sup>. I giuristi progressisti dell'epoca, e in generale diversi pensatori del secolo XVIII, devono essere rimasti affascinati da quella realtà e hanno deciso di copiarla in blocco<sup>13</sup>. Tuttavia, benché la popolarità della giuria sia andata diminuendo da allora, essa è arrivata fino ai giorni nostri sia nel Regno Unito che in Francia. In fin dei conti, la discussione sulla presenza della giuria negli ordinamenti giuridici è diventata una delle controversie più assurde e intense, più politiche che dottrinali, che fondamentalmente hanno solo fatto perdere tempo a penalisti e processualisti<sup>14</sup>. Di fatto, che questo dibattito esista ancora oggi è molto

---

<sup>8</sup>Particolarmente MONTESQUIEU, Barón de, (Charles-Louis de Secondat), *De l'esprit des lois*, riedizione dell'ed. di Parigi 1748, Parigi 1979, I, p. 301.

<sup>9</sup>BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England*, Lib. III, London 1794, cap. 23, pp. 373-374.

<sup>10</sup>Art 9, cap. V, della Costituzione francese del 1791: «En matière criminelle, nul citoyen ne peut être jugé que sur une accusation reçue par des jurés, ou décrétée par le Corps législatif, dans les cas où il lui appartient de poursuivre l'accusation. - Après l'accusation admise, le fait sera reconnu et déclaré par des jurés. - L'accusé aura la faculté d'en récuser jusqu'à vingt, sans donner des motifs. - Les jurés qui déclareront le fait, ne pourront être au-dessous du nombre de douze. - L'application de la loi sera faite par des juges. - L'instruction sera publique, et l'on ne pourra refuser aux accusés le secours d'un conseil. - Tout homme acquitté par un juré légal, ne peut plus être repris ni accusé à raison du même fait».

<sup>11</sup>Una chiara testimonianza sono le infinite *hearsay rules*. MURPHY, Peter, *Murphy on evidence*, Oxford 2005, pp. 190 y ss.

<sup>12</sup>MANSI, Joannes Dominicus, *Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio*, Vol 22, Graz 1961, pp. 1023-1026. Lateranense IV, Innocentius P.III, Cap. XXXVIII, anno Christi 1215: «Quoniam contra falsam assertionem iniqui iudicis innocens litigator, quandoque non potest veram negationem probare, cum negantis factum per rerum naturam nulla sit directa probatio: ne falsitas veritati praeiudicet aut iniquitas praevaleat aequitati, statuimus ut tam in ordinario iudicio quam extraordinario, iudex semper adhibeat aut publicam (si potest habere) personam, aut dos viros idoneos, qui fideliter universa iudicii acta conscribant, videlicet citationes et dilationes, recusationes et exceptiones, petitiones et responsiones, interrogationes et confessiones, testium depositiones et instrumentum productiones, interlocutiones, apellationes, renunciationes, conclusiones et cetera quae occurrunt competenti ordine conscribenda, designando loca, tempora et personas...»

<sup>13</sup>Vedi l'articolo 9 della Costituzione francese del 1791 citata sopra. Vedi anche BECCARIA, Cesare, *Dei delitti e delle pene*, Bussolengo 1996, XLIII, p. 120. ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social* (Trad. di Azcoaga), Madrid 1985, cap. V, Libro IV, p. 199.

<sup>14</sup>Lo spiego in NIEVA-FENOLL, *Ideologia e giustizia laica (con un'ipotesi sull'origine romana della giuria inglese)*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 70, n. 2, 2016, p. 515-536.

sorprendente, dal momento che siamo riusciti a “professionalizzare” i giudici già a partire dal XIX secolo<sup>15</sup>. Tuttavia, l'auto-fascinazione degli Stati Uniti per alcune delle proprie istituzioni e l'influenza culturale che essi esercitano sul mondo intero riescono ad alimentare costantemente il dibattito sull'utilità della giuria (insisto qui sull'irrazionalità ed inutilità del perseverare in tale dibattito, ma questa è un'altra questione).

Tornando all'oralità, e già a prescindere dalla discussione sulla giuria, questa forma di procedura ha acquisito valore da sola in due momenti specifici e per due diversi motivi. Il primo era il desiderio di allontanarsi dal sistema legale per la valutazione delle prove, desiderio ispirato soprattutto, e tra le altre<sup>16</sup>, dalle denunce di BENTHAM<sup>17</sup>. La caratteristica principale di questo sistema, tralasciando i documenti, erano la confessione e la doppia testimonianza come prova "piena"<sup>18</sup>, che aveva fatto sì che i giudici sin dal tardo medioevo non vedessero mai le parti o i testimoni<sup>19</sup>, dato che l'atto del giuramento delle parti e dei testimoni era sempre validato da un notaio o da uno *scribano*. I testimoni e le parti in causa corroboravano o contraddicevano quanto presentato loro; le dichiarazioni così raccolte confluivano in un atto già perfetto ed efficace, su cui il giudice non interveniva, ma sul quale fondava la sua decisione.

Ma nel diciottesimo secolo - proprio come diversi secoli prima<sup>20</sup> - si pensò che se i giudici avessero lasciato il conforto dei loro uffici e abbandonato queste mere “ratifiche scritte” delle dichiarazioni rese dalle parti e dai testi, essi avrebbero potuto valutare i testimoni direttamente dal loro comportamento in aula, elemento quest'ultimo ritenuto essenziale all'epoca, ai fini della valutazione della prova testimoniale<sup>21</sup>. Molti la pensano ancora così<sup>22</sup>, anche se è assurdo dirlo. Sia come sia, perché il giudice potesse osservare il comportamento delle parti e dei testi, era necessario che il procedimento fosse dominato dal carattere dell'oralità. Tale è stato il primo grande campanello d'allarme riguardo alla questione in esame.

---

<sup>15</sup>Si veda KÜHNE, H. H., „Die globale Agonie des Rechtsstaats? Ein Beitrag zu der im April unter diesem Titel stattfindenden internationalen Fachtagung in der Bucerius Law School“, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, vol. 167, n. 3, 2020, p. 113 ss.

<sup>16</sup>VOLTAIRE, (François-Marie Arouet), *Oeuvres complètes de Voltaire*, t. XXXVI, *Politique et législation*, vol. 4, Bruxelles, 1829, p. 104 ss

<sup>17</sup>BENTHAM, Jérémie, *Traité des preuves judiciaires*, Paris 1823, p. 9-15.

<sup>18</sup> Esistono molte testimonianze del sistema, iniziando da DEGLI UBALDI, Baldo, *Practica Baldi*, Perugia 1521, folio 39. Vedi anche ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Práctica general forense*, T. II, Madrid 1856, p. 239 ss. DE VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, Madrid 1856, pp. 133 ss. JAUMAR CARRERA, *Práctica forense*, Barcelona 1840, p. 39. NÖRR, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, Heidelberg 2012, p. 128 ss.

<sup>19</sup>Vedi NR, Libro XII, Título XXXII, Ley XVI, dove si attesta la generale inattuazione del principio di immediatezza.

<sup>20</sup> Vedi di nuovo NR, Libro XII, Título XXXII, Ley XVI, che richiama una regola che risale al 1500.

<sup>21</sup>La testimonianza delle Partida al riguardo è certamente rivelatrice: Partida III, Tít. XVI, Legge 28: “Altri dovrebbero essere interrogati sull'ora dell'evento di cui stanno testimoniando, così come sull'anno, il mese, il giorno e il luogo in cui è stato fatto. Se i testimoni non sono d'accordo, dicendo uno che è stato fatto in un luogo, l'altro in un altro, la loro testimonianza non sarà valida. (...) E si deve chiedere chi erano gli altri testimoni presenti, quando è accaduto ciò di cui testimoniano: e non si devono porre ulteriori domande al testimone che ha buona reputazione. Ma se è vile, e sospettoso, se il giudice capisce che sta deviando nella sua testimonianza, allora che faccia altre domande, prendendolo sulla parola, dicendo così: Quando è avvenuto il fatto su cui testimoni, che tempo faceva? Era nuvoloso, o c'era il sole? Da quanto tempo conosci queste persone su cui stai testimoniando? Come erano vestiti quando è accaduto ciò di cui testimoni? Secondo ciò che risponderà a domande come queste, e dai segni sul suo volto, il giudice valuterà se credere o meno al testimone.”

<sup>22</sup>EKMAN, Paul, *Cómo detectar mentiras*, Madrid 2012.

Ma alla fine del s. XIX è arrivato il secondo. L'Austria pubblicò una legge di procedura civile nel 1895 e quella legge conteneva una novità sorprendente<sup>23</sup>. Il tradizionale processo medievale che si tramandava fino ad allora - il *solemnis ordo iudiciarius* di origine romana postclassica -, presentava un potere odioso che portava all'interruzione dei processi: la possibilità di opposizione di eccezioni dilatorie prima della replica alla domanda<sup>24</sup>. Vi era la possibilità di opporre tali eccezioni ripetutamente in seno al medesimo procedimento. Questo *espediente* poteva ritardare un processo per anni e anni. Così i clienti più facoltosi potevano permettersi di pagare ricche parcelle ai propri avvocati al sol fine di allungare i tempi processuali.

Ma improvvisamente, ai legislatori austriaci - in particolare a Franz KLEIN<sup>25</sup> - è venuto in mente che tutte queste eccezioni potevano essere sollevate contemporaneamente in un'unica udienza orale, e risolte contestualmente. Con questo, un problema è stato eliminato creando una nuova procedura, l'*erste Tagsatzung* o l'udienza preliminare, che rappresentava un nuovo impulso per l'oralità.

Certamente la soluzione era fantasiosa per l'epoca, anche se si sarebbe certamente potuto configurare un'unica procedura scritta piuttosto che orale. Ma KLEIN probabilmente pensava che la maggior parte di quelle eccezioni fossero caratterizzate da finalità meramente dilatorie<sup>26</sup>, e perciò potevano essere più facilmente respinte in un'unica udienza orale. Comunque sia, si diffuse così l'idea che l'oralità potesse essere non solo un rimedio per i ritardi derivati - presumibilmente - dalla scrittura, ma anche il modo in cui la prova poteva essere adeguatamente valutata, cioè in modo libero, come aveva teorizzato BENTHAM meno di un secolo prima<sup>27</sup>. Il prestigio dell'oralità era appena iniziato.

La promulgazione in Germania della *Zivilprozessordnung* (ZPO) del 1877 - ancora in vigore - che implementò questa idea di oralità era già stata una pietra miliare importante, con un rilevante supporto dottrinale nella WACH<sup>28</sup> e in altri precedenti autori germanici dall'inizio del XIX<sup>29</sup> e che erano tutti concordi nel rivendicare l'importanza dell'oralità

---

<sup>23</sup>§ 239 öZPO (1895): “*Die erste Tagsatzung findet vor dem Vorsitzenden des Senates oder vor einem von diesem beauftragten Mitglied des Senates statt. Die erste Tagsatzung ist zur Vornahme eines Vergleichsversuches, zur Anmeldung der Einreden der Unzulässigkeit des Rechtsweges, der Unzuständigkeit des Gerichtes, der Streitanhängigkeit und der rechtskräftig entschiedenen Streitsache, sowie zur Entgegennahme der Erklärung des benannten Auctors bestimmt. Bei der ersten Tagsatzung ist ferner der Antrag auf Sicherheitsleistung für die Processkosten zu stellen; auch kann bei der ersten Tagsatzung die Streitsache auf Grund eines Anerkenntnisses oder Verzichtes oder infolge Versäumnis durch Urtheil erledigt oder vom Kläger der Antrag auf Bewilligung der Änderung der Klage angebracht werden. Über den Antrag auf Sicherheitsleistung für die Processkosten oder auf Gestattung der Klagsänderung, sowie über den bei der ersten Tagsatzung von einer Partei wegen der Processunfähigkeit eines der Streittheile oder wegen mangelnder Berechtigung der als Vertreter einschreitenden Person gestellten Antrag auf Zurückweisung der Klage ist sogleich bei der ersten Tagsatzung zu verhandeln und zu entscheiden. Auch von amtswegen kann eine Erörterung über die letzteren Punkte oder über eine durch ausdrückliche Vereinbarung der Parteien nicht zu beseitigende Unzuständigkeit des Gerichtes bei der ersten Tagsatzung eingeleitet und auf Grund dessen ein Beschluss über die Einstellung des Verfahrens gefasst werden. Alles andere Anbringen ist von der ersten Tagsatzung ausgeschlossen.*”

<sup>24</sup>Vedi NÖRR, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, Heidelberg 2012, cit. p. 99.

<sup>25</sup>KLEIN, Franz, *Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses*, Viena 1900.

<sup>26</sup>Vedi di nuovo NÖRR, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, Heidelberg 2012, cit. p. 99.

<sup>27</sup>BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, cit. pp. 9 y ss.

<sup>28</sup>WACH, Adolf, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*. T. I, Leipzig 1885.: “*Sie ist gebaut auf die Gedanken der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit –Unmittelbarkeit der richterlichen Wahrnehmung–...*”

<sup>29</sup>VON FEUERBACH, A.R., *Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege*, Gießen 1821 y 1825. DONSBACH, C., *Die Verfassung und das Processverfahren der Untergerichte im Großherzogthum Baden*, Karlsruhe 1822. FREYBERG, M.F., *Ueber das altdeutsche öffentliche Gerichts-Verfahren*, Landshut 1824. VON MILLER, J. *Die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des*

come garanzia di pubblicità, nello stile del *Code de Procedure Civile* del 1806 e del *Code d'Instruction Criminelle* del 1808, ispirati a loro volta, come si è già detto, al processo inglese con giuria. Ovviamente, quella correlazione tra oralità e pubblicità aveva senso allora e anche molto dopo, tenuto conto dell'altissimo tasso di analfabetismo e dell'assenza di Internet. Oggi è vero il contrario. Tutto ciò che è scritto è più facilmente reso pubblico e diffuso rispetto a ciò che rimane in forma orale, sia per la sua maggiore facilità di diffusione attraverso il web, sia per la maggiore semplicità di successiva revisione della documentazione da parte di qualsiasi osservatore.

Quello che è successo in Germania nel XIX secolo ha ovviamente avuto una grande influenza su Chiovenda<sup>30</sup>, molto ispirato - come altre volte - dal lavoro di Wach. Chiovenda diventa così il grande diffusore dell'oralità nel mondo latino insieme a Cappelletti<sup>31</sup>, quest'ultimo in un secondo momento. Tutti questi autori dimenticarono che nel 1909 e nel 1924 ebbero luogo due importanti riforme del processo tedesco che limitarono l'oralità man mano che se ne scoprirono i problemi<sup>32</sup>, sebbene vi sia stato un successivo ritorno nel 1976 con l'introduzione dell'*Haupttermin* o udienza principale.

La dottrina latina, salvo poche eccezioni<sup>33</sup>, sembrava essere immune a queste riforme a favore della scrittura, seguendo acriticamente, come tante volte, un "argomento di autorità", in questo caso simboleggiato da Chiovenda. E così è rimasto per decenni fino al giorno d'oggi. È ora il momento di analizzare se la conservazione dell'idea abbia un senso dai due punti di vista originali: immediatezza e velocità.

### **3. I contributi della psicologia della testimonianza.**

Attualmente, non si può parlare di immediatezza senza conoscere una materia essenziale, se si vuole veramente tener conto delle conoscenze scientifiche sulla prova testimoniale. Mi riferisco alla psicologia della testimonianza<sup>34</sup>.

È una scienza che non è più completamente sconosciuta ai processualisti, fortunatamente, come lo era all'inizio del XXI secolo<sup>35</sup>, nonostante i primi studi in questa direzione di

---

*bürgerlichen Gerichts-Verfahren*, München 1826. NIBLER, J.B., *Projekt einer auf Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Rechtspflege*, Straubing 1828. ZENTNER, J., *Das Geschworenengericht mit Oeffentlichkeit und Mündlichkeit im Gerichtsverfahren, in besonderer Rücksicht auf den Strafprozeß*, Freiburg 1830. MITTERMAIER, C.J.A., *Der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß in Vergleichung mit dem preußischen und französischen Civilverfahren*, Bonn 1840. Ci sono state anche voci critiche che, di fatto, si sono proiettate in un futuro molto remoto. Vedi VON DRESCH, L., *Betrachtungen über den revidirten Entwurf der Prozeß-Ordnung in bürgerlichen Rechts-Streitigkeiten für das Königreich Bayern*, München 1828.

<sup>30</sup>CHIOVENDA, Giuseppe, *Principi*, cit. p. 677.

<sup>31</sup>CAPPELLETTI, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, traduzione de Sentís Melendo de Buenos Aires, 1972.

<sup>32</sup>ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, *Zivilprozeßrecht*, München 2018, p. 444.

<sup>33</sup>PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ realizzò la traduzione di un articolo di SCHOCH, intitolato "la riforma del procedimento civil en Alemania", in *Revista de Derecho Privado*, 1931, p. 113, che è passato inosservato.

<sup>34</sup>Vedi LOFTUS, *Eyewitness testimony*, Harvard 1996. MAZZONI, *Psicologia della testimonianza*, Roma 2015. MAZZONI, *¿Se puede creer a un testigo?*, Madrid 2010. DIGES, *Los falsos recuerdos*, Barcelona 1997. MANZANERO, *Memoria de testigos*, Madrid 2010. Donostia 2000. MANZANERO, *Psicología del testimonio*, Madrid 2008.

<sup>35</sup>Ho fatto un tentativo di diffondere, credo con successo, la questione, in NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, Madrid 2010.

François Gorphe<sup>36</sup>, e prima di Von Liszt<sup>37</sup> e Bentham<sup>38</sup>. Sebbene ancora tanta strada debba esser percorsa perché le teorie della psicologia della testimonianza siano recepite dalle leggi processuali - come accadrà un giorno -, sono riusciti almeno a infondere alcune nuove idee che stanno cambiando alcuni degli interrogatori e soprattutto la modalità pratica di realizzarli. La strada da percorrere è ancora lunga, tuttavia alcune prime evoluzioni lasciano spazio per un certo ottimismo.

La prima conclusione degli psicologi - certamente devastante per i sostenitori dell'oralità - è che la memoria umana è fallace<sup>39</sup>. Un essere umano non solo dimentica con una certa facilità e rapidità gli eventi di cui è stato testimone, ma genera anche falsi ricordi<sup>40</sup> su ciò a cui ha assistito, quando cerca di ricostruire le informazioni che sono state dimenticate. In più, trattasi di falsi ricordi che il testimone assume come veri, anche con veemenza, riuscendo così a confondere i giudici.

Inoltre, la memoria dipende da condizioni di osservazione che solitamente non vengono prese in considerazione nei processi<sup>41</sup>. Non solo la durata dell'esposizione del testimone a quanto osservato è rilevante, ma anche la luce, la distanza, l'età del testimone, lo stress subito durante l'osservazione, la focalizzazione della sua visione su un punto o il consumo di sostanze stupefacenti da parte del testimone. Tutti questi fattori, tra gli altri, possono alterare in modo significativo la memoria del testimone.

In aggiunta, l'interrogatorio non può essere rapido e angosciante per il testimone, ma deve essere lento, paziente e senza pressioni sul testimone o fattori di stress - inclusi la gestualità ed il tono dell'interrogante - che non solo altera potenzialmente la sua memoria, ma la cancella, essendo così guidato a dare determinate risposte da chi conduce l'interrogatorio, il che è letale. Inoltre, l'interrogante deve utilizzare il metodo narrativo e con molta parsimonia l'interrogativo, ponendo domande aperte al testimone in modo che possa elaborare ciò che ricorda, senza in ogni caso che l'interrogante possa fornire informazioni al testimone nelle sue domande, poiché così si corre il rischio reale che questi faccia sue tali informazioni. E se è così, si comprenderà, come vedremo più avanti, che un interrogatorio convenzionale in un'aula di tribunale è esattamente l'opposto di ciò che raccomanda la psicologia della testimonianza<sup>42</sup>. Come vedremo nel prossimo paragrafo, le pagine da 141 a 143 del sopracitato lavoro di Manzanero dovrebbero in futuro costituire, per qualche intelligente legislatore, la base di un nuovo funzionamento del processo<sup>43</sup>. Le nostre leggi dovrebbero cambiare in modo molto rilevante a questo punto.

Infine, la psicologia della testimonianza suggerisce di non guardare i gesti della persona interrogata. Questo era stato un punto controverso, ma le opzioni dottrinali che cercano di

---

<sup>36</sup>GORPHE, François, *La critique du témoignage*, Paris 1924. Anche CATTELL, James McKeen, *Psychometrische Untersuchungen*, Leipzig 1886. GROSS, Hans, *Criminalpsychologie*, Graz 1898. MÜNSTERBERG, Hugo, *On the Witness Stand: Essays on Psychology and Crime*, New York 1908. LOMBROSO, Cesare, *Le più recenti scoperte ed applicazioni della psichiatria ed antropologia criminale*, Torino 1893. LOMBROSO, Cesare, "La psicologia dei testimoni nei processi penali", *Scuola positiva*, XV, sett-ott 1905.

<sup>37</sup>VON LISZT, Franz, „Strafrecht und Psychologie“, *Deutsche Juristenzeitung* 7 (1902), p. 16 ss. Si veda anche MESSER, August, *Die Apperzeption als Grundbegriff der pädagogischen Psychologie*, 1915, p. 18-19.

<sup>38</sup>BENTHAM, Jérémie, *Traité des preuves judiciaires*, Paris 1823.

<sup>39</sup>MANZANERO, *Psicología del testimonio*, cit. p. 48, 100.

<sup>40</sup>DIGES, *Los falsos recuerdos*, cit. p. 105 ss.

<sup>41</sup>MANZANERO, *Psicología del testimonio*, cit. pp. 106 ss. MANZANERO, *Memoria de testigos*, cit. p. 23 ss.

<sup>42</sup>MANZANERO, *Psicología del testimonio*, cit. p. 141-143.

<sup>43</sup>Vedi anche MAZZONI, *Psicologia della testimonianza*, cit. p. 108 ss.

valorizzare la gestualità del testimone (o della persona escussa), sebbene siano le più spettacolari<sup>44</sup>, sono attualmente molto screditate. L'unica cosa utile è valutare ciò che dice il testimone, e non come lo dice o la mimica usata per dirlo, il che può essere estremamente disorientante. Pertanto, la testimonianza deve essere valutata, e non il testimone. Vale a dire, esattamente l'opposto di ciò che le vecchie leggi facevano nel sistema delle prove legali con le esclusioni e le dichiarazioni dei testimoni, e che sono ancora riprodotte da non pochi giudici, e da buona parte della società, quando si valuta la credibilità di una persona. Si usano fattori esterni come l'aspetto fisico, la "razza" o l'origine sociale di una persona, il modo in cui parla, più o meno con veemenza, o anche il modo in cui si veste, si muove o sorride. Effettuare una valutazione delle prove con tutti questi pregiudizi si conclude sempre con un clamoroso fiasco che allontana i giudici - e la società - dalla realtà.

Di conseguenza, o tutti questi pregiudizi vengono soppressi e si creano le condizioni per svolgere un interrogatorio scientificamente serio, cioè con calma e senza che l'interrogante diriga il testimone in un modo o nell'altro, senza che lo abbia preventivamente "preparato" - il che dovrebbe invalidarlo completamente -<sup>45</sup> o continuiamo a fare gli interrogatori come abbiamo fatto finora e continuiamo con qualcosa che ora sappiamo essere una semplice farsa. Certamente spettacolare, come ci ha magistralmente insegnato il cinema. Ma assolutamente inutile, salvo che per confondere i giudici.

Infine, va tenuto conto di un fattore che, sebbene intuitivo, tende ad essere ignorato. Per vari motivi rilevanti - tra gli altri alcuni di quelli già indicati -, non ci sono testimoni veramente affidabili<sup>46</sup>. Inoltre, vanno ricordate alcune parole molto rivelatrici di Giuliana MAZZONI<sup>47</sup> di cui tutti i processualisti dovrebbero essere consapevoli: «(...) chi viene ascoltato di solito per vari motivi non racconta la verità. Riluttanza, timidezza, paura di non essere creduti, timore di essere considerati non intelligenti ecc., infatti, spingono una persona a modificare quel che riporta».

#### **4. Un nuovo metodo per condurre l'interrogatorio.**

È proprio su questo punto che i governi dovrebbero concentrarsi oggi, fornendo ai tribunali le infrastrutture per inaugurare "una nuova stagione".

Si può affermare senza timore che l'Europa continentale non sapeva come fare gli interrogatori perché non li aveva mai praticati effettivamente, almeno per molto tempo. Proveniva dal sistema di prove legali in cui il ruolo del testimone era meramente quello di ratificare un documento, estraneo a questi, poiché redatto interamente dall'avvocato del contendente. E confermarlo significava semplicemente dire "sì". Non è affatto strano che il giudice, come già spiegato, non assistesse a tali "interrogatori", che si svolgevano in modo eminentemente burocratico.

Per un lungo periodo, le cose sono state così. Probabilmente per l'influenza del cinema americano, pur senza sconvolgere il quadro normativo di riferimento, almeno a questo punto, gli interrogatori si sono fatti più aperti, tanto che i testimoni non solo dovevano confermare le loro dichiarazioni, ma hanno dovuto rispondere ad alcune domande

---

<sup>44</sup>EKMAN, Paul, *Cómo detectar mentiras*, Madrid 2012. EKMAN, Paul, *El rostro de las emociones*, Barcelona 2004.

<sup>45</sup>Vedi MANZANERO, *Psicología del testimonio*, cit. p. 139.

<sup>46</sup>MAZZONI, *¿Se puede creer a un testigo?*, cit. p. 16.

<sup>47</sup>MAZZONI, *Psicología della testimonianza*, cit. p. 108.

formulate con l'incipit “*confirma che*”, a cui il testimone può rispondere solo o sì o no. In più, il giudice non soleva essere presente a questi interrogatori, ma piuttosto erano praticati davanti a un subordinato che, in precedenza, aveva trasmesso al giudice l'elenco delle domande formulate dal litigante. Rispetto a tali domande, il giudice si limitava ad emettere una dichiarazione di rilevanza delle domande, sempre all'interno del suo ufficio e senza neanche incontrare il teste. Il subordinato cercava talvolta di effettuare una sorta di valutazione psicologica della sincerità del testimone, la quale risultava ridicola per due motivi: innanzitutto il subordinato non era legittimato ad effettuare tale valutazione, che caso mai spettava unicamente al giudice, né aveva le conoscenze adeguate per poter svolgere tale valutazione (conoscenze, d'altro canto, che nemmeno il giudice possedeva). Normalmente peraltro tale valutazione psicologica non veniva effettuata dal subalterno del giudice, e l'interrogatorio veniva condotto in modo puramente burocratico. Tuttavia, quando uno di quei subordinati, *indossando al contempo la toga del giudice e il camice dello psicologo*, si cimentava in valutazioni uscenti dalla sua sfera di competenza, allora la prova testimoniale, erroneamente valutata liberamente da un soggetto incompetente e privo delle conoscenze necessarie, diveniva fuorviante rispetto alla ricerca della verità. Vi sono casi di giudici che esortavano i propri subordinati ad effettuare tale valutazione, il che, di per sé, era semplicemente deplorabile.

Questo modo di condurre gli interrogatori si è concluso quando la presenza dei giudici nella prova orale è diventata fisicamente inevitabile, non perché la legge ha cominciato ad imporla, dato che la legge la imponeva già da secoli, senza tuttavia alcun risultato. La presenza dei giudici è divenuta imprescindibile quando le udienze pubbliche hanno cominciato ad essere registrate, e il *vecchio sotterfugio* non era più possibile davanti alla telecamera<sup>48</sup>.

E all'improvviso, gli avvocati hanno iniziato a fare domande senza la formazione o l'esperienza necessarie per svolgere un interrogatorio. La maggior parte era ispirata da ciò che aveva visto nei film, e a poco a poco ognuno ha iniziato ad acquisire, con migliore o peggiore fortuna, la propria esperienza. Tuttavia, il cinema rappresenta sempre un interrogatorio anglosassone, raramente studiato dai giuristi del continente, forse mai capito e, soprattutto, mai indagato laddove si dimostrava più fallace.

L'interrogatorio di *common law*<sup>49</sup>, destinato alla giuria come ho già indicato, prevede tre fasi<sup>50</sup>: l'esame iniziale (*examination in chief*), il controinterrogatorio (*cross-examination*) e il riesame (*re-examination*). Il primo consiste nell'interrogatorio della parte che ha portato il testimone. Si presume che se una delle parti indica un testimone, è perché auspica che questi deponga in suo favore – un altro ammicco alla prova legale, piuttosto che alla validità del principio di acquisizione della prova testimoniale -, e quindi, la parte che ha indicato il teste non può proporre domande suggestive (*leading questions*), ma solo domande aperte attraverso le quali il testimone può sviluppare la sua rappresentazione. Se la deposizione non verte a favore della parte che ha indicato il teste, esistono diverse modalità per contestare la testimonianza così resa.

La seconda fase, che è quella su cui la dottrina si è più concentrata - a volte l'unica - consiste nell'interrogatorio della controparte, che può chiedere ciò che vuole e persino

---

<sup>48</sup>Art. 147 Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000.

<sup>49</sup>Vedi WIGMORE, John Henry, *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. II, Boston 1904, §1367, p. 1697 ss.

<sup>50</sup>Vedi su questo punto ampiamente, CLARK, Ronald H. / DEKLE, George R. Sr., BAILEY, William S., *Cross-Examination Handbook: Persuasion, Strategies, and Technique*, New York 2015. WELLMAN, Francis L., *The art of cross-examination*, (1a. ed. 1903), New York 1997.

guidare il testimone. Particolare rilievo assumono qui le domande che cercano di screditare il teste e di minarne la credibilità agli occhi del giudice, anche qualora tali domande non abbiano alcun nesso con l'oggetto del processo.

Se durante la seconda fase dell'interrogatorio sono emersi nuovi fatti, la parte che ha svolto l'esame iniziale (*examination in chief*) può effettuare un controinterrogatorio (*re-examination*) esclusivamente su tali fatti per cercare di salvare la credibilità del suo teste. Tale previsione ha la funzione di porre dei limiti alla *cross-examination* della controparte, la quale avrà interesse a che la giuria ascolti in ultima istanza il suo interrogatorio piuttosto che quello dell'altra parte.

Si capirà che questo stile di interrogatorio, sebbene sia stato quello che abbiamo visto di più sullo *schermo*, non corrisponde certamente alla modalità migliore per ottenere una testimonianza prossima alla verità. È stata addirittura installata nell'immaginario collettivo l'idea terribile che se l'interrogante riesce a fare pressioni e a mettere il testimone alle corde, avrà raggiunto il suo obiettivo in tribunale. La dottrina maggioritaria della psicologia della testimonianza è unanime nel condannare tale idea, che se da un lato potrà avvantaggiare la causa della parte che se ne avvale, di certo andrà contro l'obiettivo del processo, che resta la ricerca della ricostruzione della rappresentazione che più si avvicina alla verità<sup>51</sup>. Incalzare violentemente il testimone serve solo ad alterare la sua memoria, e costituisce un atto contrario alla dignità e all'integrità psicologica del teste. Tali modalità di esame dei testi, ledendo alcuni tra i diritti fondamentali riconosciuti come tali da quasi tutti gli ordinamenti giuridici del mondo, dovrebbero essere incostituzionali.

Se l'interrogatorio deve essere svolto nelle condizioni favorevoli di calma richieste dagli psicologi della testimonianza, v'è un elemento concepito per la pratica dell'escussione e che deve essere profondamente ripensato: l'aula d'udienza. È uno spazio che cerca di garantire la posizione centrale e direttrice del giudice e, per quanto possibile, delle parti, in modo che tutte possano interagire tra di loro e con gli individui sotto esame. In quello spazio, le varie interazioni (sguardi, gesti, cenni ecc...) tra i partecipanti al processo sono certamente essenziali e talvolta cruciali, ma quando si cerca di provocare deliberatamente emozioni, reazioni o stati d'animo, esse non sono accettabili. Molti pubblici ministeri guardano in alto per cercare gli occhi del giudice mentre un testimone depone, o al termine della sua deposizione, per cercare un gesto di approvazione o disapprovazione del giudice. Una simile interazione mina l'imparzialità giudiziaria ed è quindi inaccettabile.

Spesso l'interrogante appare scettico o ironico nei confronti del testimone o nell'approvazione delle risposte, il che è un ovvio tentativo di guidare, deviare o di innervosire il teste. Ciò indubbiamente induce emozioni nel teste, e rappresenta un altro modo di introdurre occultamente nuove informazioni nella deposizione, alterando e distorcendo così il contenuto e l'attendibilità della testimonianza.

Cosa dire quando si interrompe continuamente o si incalza la persona interrogata con domande per far crollare la sua deposizione? O che dire, ancora, di quelle domande, che, trasformandosi in uno spettacolare sfoggio di retorica, tentano, introducendo nuovi fatti ed informazioni, di confondere e guidare il testimone, manipolando la sua deposizione, e allontanandola così sempre più dalla rappresentazione originaria dei fatti del teste?

Tutto questo sta accadendo nelle aule giudiziarie di tutto il mondo, e porta alla conclusione inequivocabile che giustizia non è resa in quelle stanze destinate a svolgere gli interrogatori. O che, almeno, le condizioni non sono delle migliori perché gli interrogatori

---

<sup>51</sup>Vedi per tutti MAZZONI, *Psicologia della testimonianza*, cit. p. 108 ss.

siano affidabili. Al contrario, come sempre più si fa con i minori<sup>52</sup> e anche con le donne vittime di violenza fisica, mentale o sessuale, è possibile che sia necessario cercare uno spazio diverso dall'aula se si vuole davvero estrarre informazioni utili da un testimone. A tal fine l'ideale sarebbe un colloquio conoscitivo effettuato dal giudice, dopo una formazione completa in psicologia della testimonianza, ponendo al testimone, con calma, le domande che le parti desiderano porgli, ovviamente dopo la sua dichiarazione di rilevanza, e sempre con l'obiettivo, non di mettere in dubbio la credibilità di un testimone, ma di ottenere da lui la maggior quantità di informazioni attendibili possibili. Ed è certamente il giudice, per la sua neutralità, a prescindere dagli interessi delle parti, che si trova nella posizione migliore per svolgere questo compito di filtraggio e formulazione delle domande. Certamente perché il giudice possa ricoprire tale ruolo centrale nell'esame dei testi, questi dovrebbe avere delle solide basi di psicologia della testimonianza. La formazione dei giudici dovrà migliorare molto a questo riguardo, prima che ciò sia possibile.

In questo modo, l'interrogatorio sarebbe svolto solo innanzi al giudice, in modo da non intimidire il testimone disponendolo davanti a una schiera di esaminatori, in una stanza che consenta alle parti di visionare il procedimento, nonché il loro costante contatto con il giudice per chiarire le domande aperte poste all'inizio, formulate e risolte con il metodo narrativo, che renderà più facile al giudice effettuarle. Si deve quindi contare sul fatto che chi esamina deve essere paziente e l'atto potrebbe richiedere più tempo di quanto non faccia attualmente. Ciò, in cambio del fatto che potrà risultare davvero utile, non traducendosi in una pantomima.

La questione non è se un interrogatorio effettuato in queste condizioni sarà più utile, perché ovviamente lo sarà. La domanda è se potremo mai generare l'infrastruttura materiale e personale per realizzare qualcosa di simile. Si può dire che tutto questo è inattuabile. Anche se si deve pensare molto bene che l'alternativa a tutto questo è continuare ad ingannarci praticando una prova in un modo che, ovviamente, non ci avvicina alla realtà.

## **5. E' veramente utile la prova testimoniale?**

Tuttavia, c'è un'ulteriore domanda da porre per la quale potrebbe esserci una risposta molto difficile da accettare: la prova testimoniale è utile? Per rispondere a questa domanda, si deve prima distinguere tra processo civile e processo penale.

Nei procedimenti civili si deve distinguere tra l'interrogatorio delle parti e l'interrogatorio dei testimoni. Il primo proviene dalla principale prova piena del sistema della prova legale: il giuramento - o la confessione - così attaccato, duramente e giustamente, da BENTHAM. Era la massima prova possibile, perché supponeva che una persona avesse giurato di dire il vero innanzi alla divinità. Per questo motivo, attualmente, sebbene questo giuramento abbia perso ogni valore in un buon numero di paesi, per il peso della tradizione questo interrogatorio delle parti continua ad essere intuitivamente identificato come una prova ineludibile, sebbene non vi sia più alcun motivo per farlo.

L'interrogatorio che l'avvocato svolge sullo stesso litigante che rappresenta, o anche sulla controparte, è una delle più grandi sciocchezze del processo. Si tratta di interrogatori con risposte preparate, in cui il dichiarante risponde solo quanto il suo avvocato gli ha detto che

---

<sup>52</sup> Vedi l'art. 3 §1 della *Convenzione sui diritti del fanciullo* del 20 novembre 1989.

dica. E se non è così, non è che dice o non dice la verità, ma che si sbaglia semplicemente. E non si può dedurre la credibilità di una persona da un errore, perché per definizione un errore è un'informazione falsa. Di conseguenza, se il litigante ripete quanto già detto dal suo avvocato nella domanda o nella risposta, le prove sono una perdita di tempo. E se no, ci si sta semplicemente sbagliando, il che non finisce per essere molto utile a fini probatori, anche se può sembrare molto rivelatore. L'unica certezza è che un cittadino affida la propria difesa a un avvocato che parli per lui. Cercare di verificare ciò che il suo avvocato dice durante l'interrogatorio è una semplice ridondanza o un atto senza senso. Per questo motivo, abolito il vecchio valore probatorio pieno del giuramento, la prova dell'interrogatorio delle parti dovrebbe essere abitualmente dichiarata inammissibile tranne in quelle occasioni eccezionalmente utili, che sono pochissime, ammettendone l'ammissibilità in modo motivato.

Quanto alla testimonianza, l'opinione di chi scrive è leggermente più favorevole. Le dichiarazioni di un testimone raramente sono rilevanti nel processo civile. Spesso, gli avvocati introducono testimoni nel processo per aumentare il volume della materia probatoria e inoltre, sebbene ci siano eccezioni, tendono a non portarli quando credono che la loro dichiarazione non li favorirà. In questo modo, l'interrogatorio dei testimoni diventa un modo semplice per corroborare apparentemente alcuni fatti che, se non godono di prove aggiuntive, saranno ritenuti come insussistenti dal giudice. In presenza di tali supporti probatori, richiedere l'interrogatorio di testimoni può essere superfluo o persino controproducente, questo qualora un teste effettui dichiarazioni contrastanti con le altre prove. A tutto ciò si aggiunge la difficoltà di acquisire informazioni utili da un testimone, che abbiamo già visto nella sezione precedente.

In alcuni processi, in assenza di prove documentali o di perizie e che quindi dipendono da ciò che qualcuno ha visto, la presenza di testimoni sarà inevitabile, ma come si è già detto, ciò accade molto raramente. Per esempio ciò si verifica in certi procedimenti familiari o ereditari, e talvolta in alcuni procedimenti possessori o su obbligazioni contrattuali che non sono in forma scritta. Ma è risaputo che se non sono presenti più elementi che la sola parola di una persona, il fatto che si cerca di provare con la sua testimonianza sarà generalmente stabilito come non provato. E non per una tendenza atavica a diffidare della credibilità di un testimone, ma perché ci sono davvero seri dubbi su ciò che una persona semplicemente afferma, e non c'è modo di dissiparli da un punto di vista scientifico.

In un processo criminale, lo scenario è diverso, sebbene i problemi scientifici per determinare la credibilità dei testi siano esattamente gli stessi. Proprio per le stesse ragioni storiche dei procedimenti civili, la dichiarazione dell'imputato è chiaramente sopravvalutata, almeno al di fuori dei tribunali, perché è ben noto che i tribunali non ne tengono affatto conto, almeno quando è a discarico<sup>53</sup>. Non importa quanto bene l'imputato che decide di rendere delle dichiarazioni si difenda - la sua dichiarazione è chiaramente un meccanismo di difesa - il tribunale non potrà fondare la prova della sua innocenza su tali dichiarazioni da sole. È un mero *spettacolo* la cui preparazione richiede molto tempo all'avvocato dell'imputato, ma non contribuisce veramente alla prova dell'innocenza dell'imputato, cosa naturale, tra l'altro, se si tien conto del diritto dell'imputato di restare in silenzio. La tendenza pratica è quella di assumere la loro dichiarazione quando è incriminante, nonostante gli avvertimenti della dottrina e di alcune leggi, come quella spagnola sulla procedura penale del 1882 (art. 406). Ma bisogna riconoscere che la tradizione storica, la pratica e ultimamente il torrente di *guilty pleas* negli Stati Uniti stanno puntando verso quella direzione, trasformando ancora una volta la dichiarazione di

---

<sup>53</sup>Si veda MAZZONI, *Psicologia della testimonianza*, cit. p. 108.

colpevolezza in piena prova e l'assunzione della responsabilità penale in un atto dipendente dal principio dispositivo, che è - o dovrebbe essere – estraneo ai procedimenti penali. Tutto ciò potrà far risparmiare molto lavoro ai tribunali, ma è assolutamente contrario a qualsiasi principio fondamentale del diritto penale, in particolare al principio di *ultima ratio*.

Anche la dichiarazione della vittima è di solito molto sopravvalutata e, del resto, viene spesso preparata *ad hoc* dall'avvocato della vittima (nei sistemi in cui gli avvocati sono legittimati a partecipare in veste di difensori di una parte principale del procedimento) o dall'accusa. Anche in questo caso (così come per le dichiarazioni dell'imputato) trattasi di dichiarazioni che possono impressionare per la loro emotività, e che possono far sorgere nel giudice ogni sorta di pregiudizi sull'aspetto fisico e sui gesti della vittima. In più, la vittima, come l'imputato, subisce alti livelli di stress durante il processo in generale, ma in particolar modo durante il suo interrogatorio. E' proprio a causa di tale potenziale situazione di stress intenso, che le dichiarazioni che vengono rese da vittime ed imputati, potrebbero non dimostrarsi utili, ma bensì svianti, rispetto alla ricerca della verità.

Tuttavia, a volte è inevitabile procedere a tali escussioni, e da qui la differenza fondamentale con il processo civile. A volte abbiamo poco più della parola della vittima contro la parola dell'imputato. Inoltre, entrambi meritano di essere ascoltati da un giudice, l'uno per difendersi da un'accusa e l'altra per provare a dimostrare che non mente. Sebbene i desideri della vittima sulla punizione dell'autore del reato debbano essere completamente irrilevanti - la pena non è un meccanismo di risarcimento per la vittima -, la vittima deve sentirsi protetta dallo Stato, per evitare che questa, o altri cittadini, ricorrano all'autodifesa. Pertanto, nella nostra società attuale, le dichiarazioni della vittima divengono psicologicamente e sociologicamente ineludibili, al di là dei suoi possibili effetti probatori.

Ma notiamo che la dichiarazione dell'imputato e della vittima finisce per essere rilevante per il processo penale, anche se per ragioni ben lontane dall'oggetto della prova, il che è ancora curioso. Comunque sia, la verità è che questa prova deve essere celebrata, anche se certamente in condizioni di assunzione come quelle descritte nel paragrafo precedente, che non sono quelle attuali.

Per quanto riguarda le testimonianze, si ripropone lo stesso problema del processo civile. I tribunali le guardano con diffidenza, ma nel processo penale a volte non abbiamo nient'altro. In questo senso, si sono fatti molti passi avanti rispetto a qualche decennio fa. Attualmente il giudice ha a disposizione perizie di esperti, prove che documentano il crimine, come messaggi di testo o registrazioni audio o video o entrambi. Sono le tipologie di prove appena menzionate quelle destinate a ricoprire un valore definitivo per il procedimento. Al giorno d'oggi, c'è una crescente attenzione rivolta verso queste tipologie di prove, e un distacco sempre maggiore rispetto agli interrogatori tradizionali. Inoltre, non ha giovato l'ossessiva abitudine dell'accusa di interrogare, confrontando ad ogni passaggio la dichiarazione del testimone nell'indagine con quella che dà al momento del dibattimento, alla disperata ricerca di una contraddizione. Tale abitudine ha l'effetto di produrre uno spettacolo semplicemente ridicolo.

E a tutto questo, come sempre, bisogna aggiungere le difficoltà scientifiche di estrarre informazioni davvero utili da un esame testimoniale. Infatti, è consuetudine nelle sentenze mettere da parte la stragrande maggioranza delle dichiarazioni. Talvolta, i giudici selezionano in modo frammentario solo le risposte da cui derivano specifici supporti per difendere il proprio resoconto della sentenza. Ovviamente questo non ha nulla a che fare con una corretta valutazione della prova testimoniale.

Insomma, attualmente, la pratica degli interrogatori nei procedimenti penali, a fini probatori, di solito non è molto utile, anche se dirlo sembra un peccato. A volte è efficace

per impressionare i giudici, ma la sua utilità per scoprire la verità può davvero essere messa in discussione.

Ecco perché, sebbene non sia opportuno essere restrittivi nel processo penale - almeno per ora - come nel processo civile, sarebbe opportuno cambiare il modo di escutere, nel senso già visto nel paragrafo di cui sopra, e di conseguenza essere più selettivi nell'ammissione delle prove dei testimoni, il che ridurrebbe la durata dei processi e renderebbe gli interrogatori effettuati più utili ai fini della ricerca della verità.

Lasciare al centro del processo l'interrogatorio e la prova testimoniale equivale a perpetuare un ritualismo desueto, alimentato da un'*argumentum ad antiquitatem*, - ovvero un teatro di pessima qualità scenica senza alcun sottofondo, che fa sfilare ritualmente davanti alla corte parti e testimoni in modo che la società si senta assurdamente appagata perché la tradizione è stata soddisfatta - che impallidisce di vergogna innanzi alle attuali oggettività scientifiche.

Sarebbe molto più produttivo allontanarsi finalmente da quel modello e affidarsi alla scienza, valutando debitamente le numerose prove documentali e le perizie di cui possiamo disporre al giorno d'oggi, ricorrendo agli interrogatori solo quando sono veramente utili, e non semplicemente per pura abitudine. Molte ore di sonnolenza e tedio verrebbero risparmiate alle aule dei tribunali, e molto probabilmente ci avvicineremmo ad una ricostruzione dei fatti più prossima alla verità, applicando così la Legge con migliori possibilità di adesione al caso concreto. Tutto questo, insieme allo scrupoloso rispetto dei diritti fondamentali, è vera giustizia<sup>54</sup>.

## **6. Conclusione: L'inutilità di molte udienze.**

Più che la conclusione, quello che sto per dire qui è un oltraggio. Non è un'autentica ripetizione della melodia che è stata composta in questo articolo, ma solo poche parole per terminarlo, non senza un po' di ironia.

È stato detto con insolita frequenza che un'udienza orale è molto più efficiente e più rapida di uno scambio di documenti scritti. Tutto dipende da chi parla e chi scrive, si potrebbe aggiungere. Le udienze, però, è vero che accelerano il lavoro del giudice quando decide sul posto. Non è così quando il giudice dovrà decidere in seguito per iscritto, poiché in quel caso analizzerà gli scritti delle parti per completare la tua sentenza.

Il problema fondamentale delle udienze è che devono essere convocate con un calendario ragionevole, il che fa perdere tempo a tutti. Agli avvocati fa perdere una mattina in tribunale, e ai giudici molto di più, in quanto hanno più udienze; ed essendo molto difficile conservare la memoria di tutte le deposizioni alla fine della giornata, in fin dei conti, l'efficacia dell'oralità con cui le udienze sono tenute, è alquanto bassa.

Anche conducendo le udienze in videoconferenza, alla spiacevole sensazione di non sapere con certezza chi sta ascoltando e non potendo stabilire un contatto con gli occhi degli ascoltatori - abituale e legittimo espediente retorico dell'oratoria in una supplica - si aggiunge il fatto che devi anche lasciare tutto per concentrarti sull'udienza, aggiungendo così al tempo che dura l'udienza anche il tempo necessario alla sua preparazione. Ma insisto sull'argomento, che non è banale, che non si sa per certo se si è ascoltati durante una videoconferenza. Sotto la webcam dell'interlocutore - e l'interlocutore può anche essere il

---

<sup>54</sup>TARUFFO, M., *Idee per una teoria della decisione giusta*, in *Verso la decisione giusta*, Torino 2020, p. 360.

giudice - potrebbe esserci un cellulare che nessuno vede oltre a quell'interlocutore, e sul suo schermo può esserci qualsiasi altra cosa che non l'immagine delle parti. Comunque sia, in una videoconferenza è più probabile che l'attenzione del giudice e delle parti diminuisca rapidamente rispetto ad un procedimento celebrato in un'aula di tribunale.

Tutto quanto sopra enunciato, suggerisce che se il procedimento può essere celebrato con uno scambio di documenti scritti, potrebbe essere più efficiente per tutte le parti. L'oralità è utile quando il tribunale è collegiale ed è conveniente che tutti i giudici acquisiscano le stesse informazioni contemporaneamente, o per piccoli procedimenti che possono essere decisi rapidamente. Per altri procedimenti, la scrittura, con moderazione, tende ad essere molto più efficiente.

Forse Klein deve averlo pensato alla fine del sec. XIX, quando ha concettualizzato l'udienza preliminare. Se invece di essere intrappolato dal fascino dell'oralità che regola l'udienza, avesse disposto che tutte le eccezioni ritardanti fossero sollevate contemporaneamente nella risposta alla domanda, come avviene oggi, la novità legislativa sarebbe stata più efficiente, aggiungendo la previsione della decisione scritta previa comunicazione all'altra parte prima dello svolgimento della prova.

Ma nella scienza giuridica le cose vanno lentamente e le mode a volte influenzano anche più aggressivamente degli stili di abbigliamento, come è successo allora con l'oralità, poi con i processi collettivi o ora con le ADR, per fare solo alcuni esempi. Se Klein avesse previsto una simile procedura scritta ai suoi tempi, sarebbe stato accusato di non essere *up-to-date*, o alla moda. Lo avrebbero accusato di abusare della scrittura, o di non conoscere "la pratica" (...) e non rendersi conto che le eccezioni dilatorie dovrebbero essere sempre risolte prima di rispondere alla domanda in modo che il processo non avanzi inutilmente, essendo già "ferito a morte" da un vizio procedurale...

È possibile che qualcuno avesse posto così la questione, e anche con una tale passione. Dovrebbe farci riflettere un po' su quanto ci si sbagliasse, non importa quante ragioni sembrassero esserci all'epoca. Liberare la mente dalle tradizioni e evoluzioni esasperate e concentrarsi solo su ciò che è empiricamente dimostrato corretto, dovrebbe essere l'unico modo per fare scienza. Anche quella legale.